



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

MÔNICA DRUMOND DE OLIVEIRA

**O DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA
SUA EFETIVAÇÃO**

Brasília
2010

MÔNICA DRUMOND DE OLIVEIRA

**O DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA
SUA EFETIVAÇÃO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo.

Orientador: Rui Magalhães Piscitelli

Brasília
2010

MÔNICA DRUMOND DE OLIVEIRA

**O DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA
SUA EFETIVAÇÃO**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo.

Orientador: Rui Magalhães Piscitelli

Brasília, ____ de _____ de 2010

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rui Magalhães Piscitelli

Prof. Dr. Carlos Orlando Pinto

Prof. Dr. Salomão Almeida Barbosa

AGRADECIMENTOS

Ao professor e amigo, Rui Piscitelli, pela paciência e compreensão sempre demonstradas; pelas aulas brilhantemente ministradas em toda a Especialização, que enormemente contribuíram para a realização deste trabalho; pela orientação comprometida dispensada a seus orientandos.

Aos amigos, Ana Paula, Luciano e Sandra, pela companhia de valor inestimável durante a árdua jornada.

Ao Paulo, como não poderia deixar de ser, simplesmente por estar presente em todos os momentos da minha vida.

Tudo são pretextos a um coração agoniado.

Machado de Assis

RESUMO

As normas constitucionais apresentam, nos dias de hoje, expressivo grau de efetividade, de aplicabilidade, deixando de ser, tão somente, integrantes de um documento político. Referida efetividade, quando se está diante de normas constitucionais que preveem direitos sociais, que visam à melhoria das condições de vida dos cidadãos, exigem, para sua efetiva concretização, a elaboração de políticas públicas e disponibilidade financeira do Estado. O dever de concretização desses direitos constitucionalmente previstos, que, a princípio, é de responsabilidade da Administração Pública, quando descumprido, abre espaço à intervenção do Poder Judiciário. A intervenção do Judiciário se mostrará legítima, desta forma, apenas em situações de omissão do Poder Executivo ou de ação deste contrária aos ditames legais e constitucionais. No desenvolvimento do presente estudo, serão abordadas em seus capítulos questões tais como, os princípios constitucionais agregados ao direito à saúde; a classificação doutrinária desse direito; o financiamento da saúde pública pelo Estado; o papel do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde e, por fim, serão retratadas experiências experimentadas pela União, quando demandada judicialmente a prestar uma ação de saúde pública.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito fundamental à saúde. Concretização. Responsabilidade da Administração Pública. Atuação do Poder Judiciário.

ABSTRACT

Constitutional norms usually present a high degree of both effectiveness and applicability, transcending the status of mere parts of a political document. In the cases of constitutional norms ensuring social rights aimed at enhancing the citizens' life quality, such effectiveness demands, in order to be fully implemented, the formulation of public policies and the availability of financial resources by the State. The responsibility of implementing such constitutional rights lies on the Public Administration, and, hence, in those cases where it is not fulfilled, the Judiciary may intervene in the process. The Judiciary's intervention will be legitimate, thus, either in cases of omission of the Executive, or when its actions are contrary to the legal and constitutional prescriptions. In development of this study Will be addressed in its chapters issues such as constitutional principles added to be right to health, the doctrinal classification of this right, the public health funding by the State, the Judiciary's role in realizing the right to health and finally, experiments are depicted experienced by the Union, when sued in court to provide a public health action.

Key words: Constitucional law. Fundamental Right to Health Care. Fundamental Rights Implementation. Public Administration Responsibility. Actuation of The Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E VALORES FUNDAMENTAIS AGREGADOS AO DIREITO À SAÚDE: O DIREITO À VIDA, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL	11
2 A CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE (DIREITO SOCIAL <i>versus</i> DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO) E A NORMA CONSTITUCIONAL QUE O FUNDAMENTA (NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E SUA EFETIVIDADE)	19
3 A RESPONSABILIDADE PELO FINANCIAMENTO DA SAÚDE PELO ESTADO BRASILEIRO. OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS E A RESERVA DO POSSÍVEL: A PONDERAÇÃO DE VALORES, FRENTE À APARENTE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS	28
4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. A LEGITIMIDADE DE SUA ATUAÇÃO	39
5 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS PARA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – UM DEPOIMENTO DA UNIÃO FRENTE AO DESATENDIMENTO ÀQUELA DIVISÃO DE TAREFAS	49
6 A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO DIREITO À SAÚDE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS	59
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no que se refere à sua finalidade, classifica-se como dirigente/analítica, uma vez que em seus artigos define fins, programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. A existência das denominadas *normas programáticas* em seu texto, de cunho essencialmente social, é o elemento que caracteriza uma Constituição como dirigente.

Modernamente, no Brasil, as normas constitucionais passaram a apresentar um grau de efetividade, de aplicabilidade, maior, deixando de ser, tão somente, integrantes de um documento político. A *teoria da efetividade* prevê, em síntese, que em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos, sejam eles políticos, individuais, sociais ou difusos, como regra, eles serão direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via de ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico.

No entanto, referida efetividade, quando se está diante de normas constitucionais que preveem direitos sociais, que visam à melhoria das condições de vida dos cidadãos, reclama especial atenção, posto exigirem, para sua efetiva concretização, disponibilidade financeira do Estado. Os direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Esses direitos, também referidos como *prestacionais*, se materializam com a entrega de determinadas utilidades concretas, como educação e saúde.

A responsabilidade do Estado, mais especificamente do Poder Executivo, na prestação de atividades garantidoras daqueles direitos, é uma certeza, mas o

tamanho desta responsabilidade, a determinação das atividades às quais o Estado se obriga, só se faz possível, também, com a delimitação da extensão daqueles direitos sociais.

No desenvolvimento do estudo que se propõe, inevitavelmente, serão enfrentadas questões como a colisão de princípios e valores, de ordem constitucional, tais como o direito à vida e à saúde, a dignidade da pessoa humana, princípios orçamentários e a reserva do possível.

A *reserva do possível* significa o reconhecimento de que os direitos sociais assegurados na Constituição devem, sim, ser efetivados pelo poder público, mas na medida exata em que isso é possível e isso, porque parte-se da premissa de que o Estado não é um *garantidor universal*, um provedor de ilimitadas prestações positivas, de que as demandas sociais são ilimitadas, enquanto os recursos públicos são escassos.

O problema se evidencia, ademais, a partir do momento em que o Poder Judiciário, sob o fundamento de garantir a efetivação do direito à saúde, passa a determinar à Administração Pública a prestação de atividades concretizadoras daquele direito/dever.

Surge, assim, a questão: A partir de que momento a atuação judicial deixa de ser legítima e ultrapassa seus limites? Nestes casos, resta ameaçado o *Princípio da Separação dos Poderes*?

Destarte, se propõe, a partir de então, uma reflexão teórica acerca do tema exposto, tão cheio de complexidades e especificidades. Acredita-se que a racionalização do problema e a definição de institutos jurídicos relacionados ao tema colaborarão para o encontro de soluções desejadas.

Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho serão feitas considerações acerca dos princípios constitucionais agregados ao direito à saúde, tais como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. O capítulo subsequente será responsável pela classificação doutrinária do direito à saúde, pela demonstração da classe normativa constitucional a que pertence, sua efetividade e aplicabilidade. No capítulo três, a abordagem será a respeito do financiamento da saúde pública pelo Estado, os princípios orçamentários que devem ser respeitados na execução de políticas públicas de saúde e a invocação da reserva do financeiramente possível pelos entes federativos. Num quarto capítulo, o papel do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde será o tema desenvolvido e os limites de sua intervenção. Para o quinto capítulo, reservou-se a narração de palestra proferida por advogada da união, assessora jurídica do Ministério da Saúde, de situações práticas experimentadas pela União, quando demandada judicialmente a prestar uma atividade de saúde pública, assim como as dificuldades e prejuízos advindos da falta de definição das competências de cada ente pela execução de políticas de saúde. Por derradeiro, no capítulo seis, a título de ilustração, foram colacionados julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AGREGADOS AO DIREITO À SAÚDE: O DIREITO À VIDA, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Os direitos fundamentais constituem a base e a essencialidade de qualquer Constituição, haja vista que dizem respeito, invariavelmente, a valores e princípios de suma importância consagrados em todos os Documentos Constitucionais, tais como a vida, a liberdade, a igualdade, a fraternidade e o respeito à dignidade humana.

O direito à saúde perante os dispositivos de nossa Carta Magna de 1988, deve ser entendido como um direito social fundamental, que na sua essência deve ser buscado na maior otimização possível, haja vista que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana, em consonância com a justiça social a ser alcançada, externam o direito à saúde como um verdadeiro direito público subjetivo com toda sua fundamentalidade¹.

O direito à saúde, cuja delimitação é objeto desta pesquisa, seria um *direito fundamental social*, ou prestacional, e, desta maneira, parte de um dos elementos que marcam a tradição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social, direitos que exigem do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia. É nesta acepção que o direito à saúde é expressamente previsto nos artigos 6º, *caput* e 196 da Constituição Federal de 1988 e nesta condição, sua invocação pode ser feita como base de pretensões a comportamentos positivos por parte do Poder Público.

No entanto, Luciana Temer Castelo Branco², em estudo sobre o tema, assevera que o direito à saúde pode ser tomado como um *direito individual* na medida em que qualquer pessoa tem direito à sua integridade física e psíquica como

¹ HUMENHUK, Howerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

² BRANCO, Luciana Temer Castelo. Abrangência do direito à saúde: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado? *Encontro Temático – Financiamento e Gestão de Recursos da Saúde Municipal*. Disponível em: http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/artigos/Lt_saude.pdf. Acesso em: 08 ago. 2010.

corolário do seu direito de personalidade. Neste caso, o sujeito de direito dispõe de ação e pode exercer pretensão objetivando a abstenção de comportamento de terceiros que venham a por em risco sua saúde.

Cumprido, neste momento, delinearmos o conceito de *saúde* encontrado em alguns diplomas legais.

Preceitua a Lei Orgânica da Saúde³, Lei 8.080/90, em seu artigo 3º, *verbis*:

Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

O artigo 2º daquele diploma legal, por sua vez prevê:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Luciana Temer, a quem nos referimos acima, explica que, no texto constitucional, *vida não é considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, engloba elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)*⁴. E continua:

O conceito envolve o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência.

³ BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 5 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>.

⁴ BRANCO, Luciana Temer Castelo. Abrangência do direito à saúde: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado? *Encontro Temático – Financiamento e Gestão de Recursos da Saúde Municipal*. Disponível em: http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/artigos/Lt_saude.pdf. Acesso em: 08 ago. 2010.

Importante salientar, que o direito à saúde, constitucionalmente previsto, surgiu como uma das formas de se garantir o direito à vida, que também mereceu albergue constitucional - artigo 5º, *caput* - caracterizando-se como cláusula pétrea.

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade⁵.

A previsão acima mencionada representou um avanço significativo nas relações sociais, na medida em que a classificação do direito à vida como cláusula pétrea impede o legislador e o administrador de criarem situações que impliquem o esvaziamento do conteúdo desse dispositivo constitucional.

Ressalte-se, ademais, que o direito à vida, conforme salientado alhures, possui íntima relação com a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil, expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República do Brasil estabelece a pessoa humana como o sujeito de direito legitimador de todo o ordenamento jurídico, ou seja, a pessoa humana é o valor máximo da República. Cada homem é fim em si mesmo.

E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado.

Ingo Wolfgang Sarlet⁶ conceitua juridicamente a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a

⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade mecum universitário de direito.8.ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Rui Piscitelli Magalhães, acerca da dignidade humana, acrescenta:

Disso, podemos concluir que a dignidade humana é um vetor de interpretação, um princípio fundante que se faz necessária para a posterior hermenêutica constitucional, inclusive dos direitos fundamentais. Ou seja, constitucionalmente, a dignidade humana não é um direito fundamental estrito senso, e sim, um princípio fundamental⁷.

O reconhecimento do valor da pessoa humana tem por consequência a afirmação de direitos específicos de cada homem e o reconhecimento de que, na vida social, ele não se confunde com a vida do Estado, provocando o deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.

Daniel Sarmento⁸ ensina que é dever do Estado não apenas se abster da prática de atos que atentem contra a dignidade humana, mas, ao revés, tem o Estado o dever de promover a dignidade por meio de condutas positivas, garantindo, assim, o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. Para aquele professor, o homem tem a sua dignidade molestada quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais e, também, quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

A Declaração Universal de Direitos do Homem concebeu a dignidade da pessoa humana em seu Preâmbulo, assim como em seu artigo 1º, fazendo com que este princípio adquirisse contornos universalistas. O artigo 1º da Declaração

⁷ PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível. Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, www.tjrs.jus.br. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/Dignidade_da_pessoa.doc. Acesso em: 12 set. 2010.

⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

proclamou que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade. Por sua vez, o Preâmbulo do Documento⁹ consigna:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,
Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,
Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,
Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,
Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,
Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso (...)

Assim, a partir do que foi expresso até aqui, é possível concluir pela impossibilidade de dissociação dos vetores da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à saúde.

Pode-se dizer, pois, que a previsão do direito à vida como cláusula pétrea e sua íntima relação com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana trazem, como consequência, a necessidade de o Poder Público assegurar a eficiente prestação dos serviços públicos necessários à garantia de uma condição de vida digna, sob pena de responsabilidade.

⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 28 set. 2010.

A partir de então, surge a indagação acerca do significado da expressão *vida digna*, que nos leva, inevitavelmente, à busca da definição do *Mínimo Existencial*.

A questão do mínimo existencial traz à tona inúmeras indagações, tais como, a identificação de quais prestações seriam indispensáveis à manutenção de uma vida digna e qual a função do Estado na promoção e proteção deste mínimo existencial.

Cumpre-nos, assim, apresentar, ainda que em apertada síntese, a teoria do mínimo existencial. Por essa teoria, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares.

A questão do mínimo existencial, desta forma, convive com a complexidade de definição de quais direitos e em que amplitude podem ser caracterizados como fundamentais dentre os direitos sociais estipulados na Constituição.

No âmbito doutrinário, atribui-se a Otto Bachof o pioneirismo quanto ao reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. Considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana requer também a garantia de um mínimo de segurança social. Sem recursos materiais para propiciar uma existência digna, o ser humano se vê violado em sua dignidade.

O autor corretamente entendeu que o direito à vida e integridade corporal não envolve apenas postura defensiva, mas também prestações. Afinal, a existência é ofendida também quando não se proporcionam condições de vida¹⁰.

O mínimo existencial, considerando a inexistência de sua positivação expressa, advém de princípios como o da igualdade e o respeito à dignidade humana, dentre outros, além da cláusula do *Estado Social de Direito*. Trata-se de direito de *status* tanto negativo, uma vez que tem por objeto a proteção contra

¹⁰ HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. 2009.

ingerências do Estado na autodeterminação do indivíduo, quanto positivo, pois a liberdade depende também de prestações estatais positivas.

É cediço na doutrina que o conteúdo do mínimo vital, do existencial e a extensão de sua garantia variam de acordo com as fundamentações apresentadas, se liberais ou sociais. Há o entendimento de que a garantia das condições mínimas para uma existência digna deriva do perfil social do Estado de Direito.

Cláudia Honório, em dissertação de Mestrado sobre o tema, apresentada à Universidade do Paraná, aqui já mencionada, apresenta, resumidamente, o conteúdo deste instituto na Alemanha.

Ainda, tem sido discutida no direito germânico a compreensão do mínimo existencial como (i) mínimo fisiológico, constituído pelas condições materiais mínimas que satisfazem as necessidades humanas básicas, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, ou (ii) mínimo existencial sociocultural, que, além da proteção básica, possibilita que o indivíduo insira-se na vida social. O primeiro seria fundamentado no direito à vida e integridade física e na dignidade da pessoa humana. O segundo encontraria guarida no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade¹¹.

Em 1989, esclarece Cláudia, que Ricardo Lobo Torres foi quem, de forma pioneira, tratou do mínimo existencial no direito brasileiro.

Para Torres, existe um direito às condições mínimas de existência humana digna, cujo conteúdo não pode ser definido *a priori* ou mensurado. Esse direito integra o rol dos direitos humanos, exibindo as seguintes características: é préconstitucional, constitui direito público subjetivo, tem validade *erga omnes*, não se esgota em catálogo preexistente e é dotado de historicidade.

(...)

No entendimento de Torres, o mínimo existencial vincula-se à liberdade, e não propriamente à justiça. “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as *condições iniciais da liberdade*.”

Relaciona-se também com a felicidade do homem, no sentido de desfrutar de uma boa qualidade de vida.

(...)

Para ser concretizado, o mínimo existencial necessita do processo democrático, do devido processo legal, da separação e interdependência dos poderes e do federalismo. O legislador e o administrador podem aperfeiçoar a garantia do mínimo, podendo-se ressaltar, por outro lado, o

¹¹ HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. 2009, p. 47.

mandado de segurança e o mandado de injunção como instrumentos de sua garantia judicial¹².

A proposta de estabelecer um rol de direitos que comporia o mínimo vital tem por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais. Contudo, a concretização dos direitos fundamentais depende, inevitavelmente de recursos financeiros, que no Estado Social e Democrático de Direito tem como fonte o orçamento público, capaz de instrumentalizar as políticas públicas e definir o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional.

Por outro lado, condicionar ilimitadamente a realização dos direitos sociais fundamentais à existência de recursos financeiros do Estado pode significar a redução de sua eficácia a zero e relativizaria demasiadamente sua universalidade.

Nesse momento, inevitável se mostra a consideração de institutos como a “reserva do possível” e princípios como o da vinculação ao orçamento público, da proporcionalidade e razoabilidade. A ponderação desses valores, indistintamente relevantes, é medida que, a princípio, se recomenda e deve ser buscada pelos operadores do direito, visando o encontro de uma coexistência harmônica entre eles.

Assim, a consideração dos institutos a que nos referimos acima realizar-se-á em capítulo próprio, quando oportuno.

¹² HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. 2009.

2 A CLASSIFICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE (DIREITO SOCIAL X DIREITO FUNDAMENTAL SUBJETIVO) E A NORMA CONSTITUCIONAL QUE O FUNDAMENTA (NORMAS CONSTITUCIONAIS PROGRAMÁTICAS E SUA EFETIVIDADE)

O Estado Liberal de Direito é fruto da resistência ao Estado Absolutista dos séculos XVII e XVIII, em que o rei, soberano, exercia o poder em toda sua plenitude, sem limitação alguma de ordem constitucional¹³.

O Estado de Direito correspondente ao Estado Liberal, representativo da liberdade do homem perante o Estado, com esteio na separação de seus poderes. Nasce, desta forma, da luta entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, cujo poder dizia-se de natureza divina.

O Liberalismo, calcado no individualismo, preconizava a defesa irrestrita da propriedade privada e procurava demonstrar que a busca do interesse próprio e a liberdade plena garantiriam o equilíbrio funcional do sistema e a felicidade de todos, capitalistas e trabalhadores.

A primeira fase do Estado Liberal, primeiro Estado guardião das liberdades individuais, inspirou-se num movimento revolucionário burguês, que tinha por fundamentado o lema *“Liberdade, Igualdade e Fraternidade”*, a Revolução Francesa de 1789. A Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e a Revolução Francesa (1789) são, assim, os principais marcos do Estado Liberal. A partir de então, o modelo liberal pregado por uma burguesia emergente e revolucionária foi adotado por vários países e consagrado em suas respectivas ordens constitucionais.

¹³ ROZICKI, Cristiane. *Do Estado absoluto ao atual*. Disponível em <http://www.factum.com.br/artigos/003.htm>. Acesso em: 30 ago. 2010.

A concepção dos *direitos fundamentais* e a *divisão de poderes* deveram-se à iniciativa de contenção do Estado pelo Liberalismo.

Referidos direitos fundamentais foram caracterizados por Carl Schmitt sob dois critérios formais:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança¹⁴.

Materialmente, ainda de acordo Carl Schmitt, os direitos fundamentais variam a partir da ideologia, da modalidade do Estado e dos valores e princípios consagrados pela Constituição.

Paulo Bonavides explica que o lema revolucionário francês exprimiu todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Destarte, os direitos fundamentais classificaram-se, tradicionalmente, em *gerações*, levando-se em conta o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais: direitos de primeira, segunda e terceira geração.

Acerca da nomenclatura *geração*, Paulo Bonavides adverte:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo¹⁵.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 561.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 571-572.

Assim, é que os direitos de primeira dimensão compreendem as liberdades negativas clássicas, que realçam o princípio da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos.

Referidos direitos têm por titular o indivíduo e ostentam uma subjetividade marcante. Representam a resposta do Estado Liberal ao Estado Absolutista alhures referido. São direitos de resistência perante o Estado, a partir da exigência de não ingerência abusiva dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo.

Fizeram-se marcantes durante todo o século XIX, quando os direitos de segunda dimensão, já no século XX, passaram a se desenvolver.

Os direitos de segunda dimensão são os *direitos sociais, culturais e econômicos*, bem como os *direitos coletivos*. Nasceram ligados ao princípio da igualdade. Identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas e centram-se na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre homens.

Quanto aos direitos fundamentais de terceira dimensão preceitua Bonavides¹⁶:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão não se destinam especificamente à proteção dos interesses individuais. Sua titularidade é difusa, visam à proteção indeterminada do gênero humano. São a expressão da preocupação com as gerações humanas futuras, dotados de alto teor de humanismo e universalidade.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 569.

Hodiernamente, discute-se a existência de direitos de quarta dimensão. Seriam os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Por fim, interessa-nos salientar que os direitos integrantes de uma geração/dimensão ganham novo conteúdo e alcance com o surgimento de uma geração sucessiva. Os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior, numa relação clara de complementaridade.

Para o estudo que se pretende desenvolver por meio deste trabalho, interessa-nos dissertar um pouco mais acerca dos *direitos de segunda geração*, *direitos sociais*. Voltemos a eles.

Os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de participação, sendo realizados por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, exigindo do Estado prestações sociais. Denominam-se *direitos positivos*, *direitos do bem-estar*, *liberdades positivas* ou *direitos dos desamparados*¹⁷.

São direitos ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, tais como assistência social, educação, cultura, trabalho e saúde.

Os direitos sociais têm por objeto a promoção da igualdade substantiva, através do intervencionismo do Estado em defesa dos mais fracos, enquanto os direitos individuais são os que visam a proteger as liberdades públicas, impedindo o abuso do Estado na esfera da autonomia privada.

¹⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Niterói: Impetus, 2007, p. 96.

Calmon de Passos¹⁸, em artigo sobre o assunto, leciona:

Resguardado o indivíduo em face do poder político, foi deixado desprotegido, entretanto, diante do poder econômico. Bem cedo se percebeu que, postos os homens à mercê desse poder - sujeitos apenas ao livre jogo das "leis do mercado" - restabelecida estava a antiga dominação que se pretendia eliminar, ainda que agora com novos figurantes. Dessa verificação e da necessidade de superar a ameaça nasceram os chamados "direitos sociais".

O objetivo, agora, é limitar o poder do empresário, do capitalista, do detentor dos meios de produção, pelo que se reclamou a intervenção do Estado no domínio econômico, com vistas ao controle do processo de produção capitalista, e a proteção do indivíduo, em face do poder econômico, na sua condição de trabalhador ou de consumidor.

A Constituição Federal de 1988 versa sobre os direitos por ela classificados como sociais ao longo de seu texto, não só no Capítulo II de seu Título II, mas também em todo Título VIII, que trata "Da Ordem Social".

No que toca aos direitos sociais básicos, a Constituição Federal de 1988 define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; estabelece objetivos fundamentais para a República como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, de último, em capítulo próprio, enuncia os direitos sociais, abrangendo genericamente a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados e a saúde.

Os direitos sociais fazem parte das Constituições brasileiras desde a Carta de 1934, compondo a base teórica e positiva de nossa modalidade de Estado Social.

Com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o

¹⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. A constitucionalização dos direitos sociais . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3197>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

aspecto social, sem dúvida grandemente descurado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro¹⁹.

Paulo Bonavides esclarece que as primeiras Constituições, que marcaram o surgimento do Liberalismo não foram um *compromisso instável*, mas, ao revés, foram a expressão de teses consagradas do ponto de vista político. Noutro giro, explica o professor, a *instabilidade* e o *compromisso* caracterizam o constitucionalismo Social, que se caracterizou pela introdução de *fórmulas programáticas* no texto de suas Constituições.

As antigas Constituições, obsoletas ou ultrapassadas, viram então criar-se ao redor de si o clima da *programaticidade* com que os modernos princípios buscavam cristalizar um novo direito, por onde afinal se operou a elaboração das Constituições do século XX: inaugurava-se assim a segunda fase – até não agora ultrapassada – de programaticidade das Constituições²⁰.

Nos atuais debates da contemporânea teoria constitucional, questão de grande relevo diz respeito às possibilidades de aplicação das normas constitucionais, em especial daquelas recorrentemente referidas como normas programáticas, que dependem da posterior atuação do legislador infraconstitucional e da Administração como um todo.

Oportuno esclarecer, neste momento, que na visão tradicional, o ambiente constitucional encerra a existência de três tipos de normas, com diferentes graus de eficácia e aplicabilidade, como se refere Bonavides²¹, remetendo-nos à lição de José Afonso da Silva: (i) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; e (iii) Normas constitucionais de eficácia limitada ou

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 366.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 232.

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 243-244.

reduzida, que dependem de integração infraconstitucional para terem aplicabilidade, normalmente referidas como normas programáticas.

A determinação do caráter jurídico ou não das normas programáticas e o grau de eficácia e aplicabilidade das normas da Constituição constitui o principal problema do constitucionalismo contemporâneo.

As normas constitucionais são dotadas de variados graus de eficácia jurídica e aplicabilidade, de acordo com a normatividade que lhes tenha sido outorgada pelo constituinte. No entanto, o constitucionalismo moderno não admite a existência de normas constitucionais desprovidas de eficácia jurídica. Todas as normas constantes de uma Constituição possuem eficácia, diferenciando-se, tão somente, o grau desta eficácia e sua aplicabilidade²².

As normas programáticas, características das Constituições Sociais, seriam, dentro desta classificação, espécies do gênero normas de eficácia limitada, não produzindo, com a simples entrada em vigor, os seus efeitos essenciais. O legislador constituinte, para essa espécie de normas, não teria estabelecido para a matéria normatividade bastante, deixando esta tarefa para o legislador ordinário ou outro órgão do Estado.

As normas de eficácia limitada, para o renomado constitucionalista, José Afonso da Silva, dividiriam-se em *normas definidoras de princípio institutivo*²³ ou *organizativo* e *normas constitucionais definidoras de princípios programáticos*, cujos interesses nelas tratados não foram regulados, direta e imediatamente, pelo legislador, que limitou-se a lhes traçar os princípios e diretrizes, para serem

²² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121.

cumpridos pelos órgãos integrantes dos poderes constituídos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

As normas programáticas, de eficácia limitada, têm aplicação indireta e mediata, significando que o exercício do direito nelas previsto depende da edição de regulamentação ordinária, que virá para tornar viável o pleno exercício do direito, até então não efetivo. Assim, enquanto não houver referida regulamentação, não há efetivo exercício do direito.

José Afonso da Silva²⁴, acerca das condições de aplicabilidade das normas programáticas, sintetiza:

Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária (a Constituição vigente, pelo menos nesse aspecto, foi sábia em não exigir a integração por meio de lei complementar, em sentido próprio), lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Muitas, contudo, podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como aquela que visa ao amparo da cultura pelo Estado.

Impossível se mostra, entretanto, afirmar que as normas programáticas não possuam eficácia jurídica alguma enquanto não regulamentadas ou implementados os respectivos programas. A Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida e como tal, suas normas são jurídicas e dotadas de normatividade.

“Recorreram os juristas italianos a vários critérios com que fundamentar a distinção básica entre normas programáticas e normas não programáticas: o do destinatário, o do objeto e o da natureza da norma²⁵.”

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 161-162.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 239.

As normas programáticas seriam as dirigidas ao legislador (destinatário); teriam eficácia sobre os comportamentos estatais (objeto) e se caracterizariam por seu alto grau de abstração e imperfeição, normas que demandariam operações integrativas (natureza).

Para Paulo Bonavides²⁶, a face moderna das Constituições é indubitavelmente a programática. As normas programáticas, às quais uns negam conteúdo normativo, enquanto outros preferem restringir-lhe a eficácia à legislação futura, constituem no Direito Constitucional contemporâneo o campo onde mais fluidas e incertas são as fronteiras do Direito com a Política.

Os direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, foram previstos e assegurados por meio de normas classificadas como programáticas na Constituição Federal de 1988.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 244-245.

3 A RESPONSABILIDADE PELO FINANCIAMENTO DA SAÚDE PELO ESTADO BRASILEIRO. OS PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS E A RESERVA DO POSSÍVEL: A PONDERAÇÃO DE VALORES, FRENTE À APARENTE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS

As normas programáticas se concretizam e se efetivam por meio da elaboração de políticas públicas e sua respectiva execução, momento no qual deixam de ser tão somente programas e declarações, para se transformarem em ações a serem executadas pelo Estado.

Sérgio Resende de Barros²⁷, em artigo sobre o tema, prescreveu que *políticas públicas são diretrizes de interesse público que informam programas de ação governamental segundo objetivos a serem alcançados e que, para esse fim, condicionam a conduta dos agentes estatais.*

Mais adiante, o mesmo autor remete o leitor aos ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso:

A política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados²⁸.

As políticas públicas desenvolvem-se em diferenciadas áreas, tais como a social; a de prestação de serviços essenciais e públicos - saúde, educação, segurança -; da social compensatória - previdência e assistência -; de fomento - créditos, incentivos, preços mínimos -; da reforma de base - reforma urbana, agrária -; de estabilização monetária.

²⁷ BARROS, Sérgio Resende de. *O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89>. Acesso em: 12 set. 2010.

²⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89>. Acesso em: 12 set. 2010.

Assim é que as políticas públicas, antes de executadas, devem ser fixadas, eleitas e essa eleição, a escolha do que será executado, em um Estado Democrático de Direito, não será arbitrária. É cediço que o Poder Público, quando da elaboração de seus programas e de sua posterior implementação, deverá se ater ao que lhe permite ou impõe a Constituição, como expressão superior do interesse público, seja em sentido estrito – interesse da administração pública -, seja em sentido amplo - interesse coletivo ou social.

Afora os mandamentos constitucionais, numa perspectiva agora mais prática, o Estado, na implementação dos direitos sociais, se sujeitará à sua disponibilidade financeira e, antes, à sua lei orçamentária.

Afigura-nos praticamente impossível dissociar a concretização daqueles direitos da questão financeira / orçamentária pública. A previsão orçamentária de recursos, a programação dos gastos públicos, a arrecadação de receitas e a definição das estratégias econômico-sociais do Estado são a base para a efetivação dos direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, previstos em normas constitucionais programáticas.

Sérgio Resende de Barroso, em artigo já referido alhures, complementa:

Os direitos sociais prestacionais exigem a intervenção do Poder Público na ordem econômica, social e cultural, em determinados setores, em busca da real igualdade, bem enunciada por Ruy Barbosa, na *Oração aos moços*, discurso aos formandos da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1923, já desiludido pela impossibilidade de vencer o coronelismo. Disse Ruy: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem.” Aí “é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. E arrematou: “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (cf. ORAÇÃO AOS MOÇOS. 18 ed. Rio de Janeiro: Edipro, 2001. p. 55). Mas essa intervenção do Estado para superar mediante direitos sociais as desigualdades reais tem um custo econômico-financeiro. Assim, a íntima relação existente entre as políticas públicas e os direitos sociais condiciona a atuação do Estado a prestações diretamente vinculadas à destinação dos bens públicos e à disponibilidade orçamentária. Dessa forma, as políticas públicas e, mais particularmente, os direitos

sociais que elas informam têm uma dimensão – um peso – economicamente relevante para o Estado²⁹.

É no Estado Social, incontestavelmente voltado para a realização da ordem econômica e social, que o orçamento público adquire o caráter de instrumento de administração pública, que auxilia o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle. Até aquele momento, o orçamento mostrou-se como um documento contábil que previa as receitas e autorizava despesas a serem realizadas, desvinculado de planos governamentais e dos interesses coletivos.

Fernando Borges Mânica³⁰, em trabalho desenvolvido enquanto Doutorando em Direito do Estado pela USP, esclarece:

Tal transformação das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, metas e programas – agora constantes dos textos constitucionais – passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizem. Portanto, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social.

As políticas públicas são programas de governo que objetivam coordenar os meios para a realização de ações socialmente relevantes, que foram, em momento anterior, selecionadas politicamente.

A Constituição Federal de 1988 deu ao orçamento público *status* de importante instrumento de governo, que desempenha papel relevante no desenvolvimento econômico, assim como no desenvolvimento social e político. Para tanto, previu a existência de três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do

²⁹ BARROS, Sérgio Resende de. *O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89>. Acesso em: 12 set. 2010.

³⁰ MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Disponível em http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf. Acesso em: 09 jun. 2010.

Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Destarte, no sistema constitucional vigente os planos e programas governamentais devem estar em harmonia com o Plano Plurianual, nos termos do artigo 165, § 4º da Constituição Federal e a Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá estar em harmonia com o Plano Plurianual, nos termos do artigo 166, § 4º da Constituição. Ademais, em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público proíbe-se desconsiderar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias. Confira-se o teor dos artigos citados, *verbis*:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

(...)

§ 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

(...)

§ 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual³¹.

Somada à limitação formal estabelecida pelas leis orçamentárias, no que diz respeito à maneira de se gastar o dinheiro público, a escassez de recursos é situação deveras relevante, no que concerne às dificuldades enfrentadas pelo Estado na efetivação dos direitos sociais.

E é no cenário de restrições à concretização de direitos fundamentais sociais, que a apresentação da denominada *cláusula da reserva do possível* revela-se adequada.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade mecum universitário de direito. 8.ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

Fernando Borges Mânica explica que a *teoria da reserva do possível*, tal como prevista em sua origem, não se referia direta e unicamente à existência de recursos materiais públicos necessários à concretização de direitos sociais, mas relacionava-se, antes disso, à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas à efetivação daqueles direitos.

(...) Tal hipótese foi mencionada em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional alemão, em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE n.º 33, S. 333).

No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual *“todos o alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”*.

Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – *encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão³².

No entanto, no Brasil, a interpretação dada à teoria foi a de considerar a disponibilidade de recursos, ao lado da previsão orçamentária de determinada despesa, como limite à efetivação de direitos fundamentais sociais.

A *teoria da reserva do possível*, entre nós definida como a reserva do *financeiramente possível*, realça a premissa de que as necessidades dos administrados, mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais fundamentais, são ilimitadas e os recursos são escassos.

Sobre o assunto, asseverou Luis Roberto Barroso, em estudo desenvolvido a partir de debates realizados com os professores Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto, solicitado pela Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro:

³² MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Disponível em http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf. Acesso em: 09 jun. 2010.

(...) Os recursos públicos seriam insuficientes para atender as necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais³³.

Entretanto, a invocação desta cláusula pelo Estado, na intenção de se justificar a não realização de determinadas ações essenciais à efetivação de demandas sociais ou individuais, somente se apresentará legítima se comprovada for a alegada insuficiência de recursos.

Nesse sentido foram as considerações feitas pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, que, em suma, tratava da legitimidade do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental³⁴:

(...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

³³ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

³⁴ ADPF 45 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.³⁵
(grifei)

Delineados, sinteticamente, os contornos da *teoria da reserva do possível*, cumpre-nos, a partir de então, investigar a técnica da ponderação de valores e princípios constitucionais, com vistas a sua aplicação ao aparente conflito que nos apresenta: a necessidade de dar efetividade ao direito fundamental à saúde e a limitação sofrida pelo Estado pela escassez de recursos públicos e as inúmeras demandas sociais.

É certo na Doutrina e Jurisprudência que, em se tratando de princípios, não cabe falar-se em antinomias aptas a serem resolvidas por critérios cronológicos, hierárquicos ou de especialidade. Tais critérios, saliente-se, somente são invocáveis, quando houver contradição entre duas regras aplicáveis ao mesmo caso concreto, uma vez que o resultado alcançado será a eliminação de uma das regras, em detrimento da aplicação integral da outra.

Portanto, se as normas em conflito não são regras, mas princípios, a lógica será outra. Dois princípios podem se compor e incidir em uma mesma

³⁵ ADPF 45 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

realidade, após juízo de ponderação que conduza à atribuição de pesos distintos entre eles. Os princípios objetivam harmonizar os vários valores que encenam, não são como as regras jurídicas, imperativas e de decisão definitiva.

Raquel Melo Urbano Carvalho³⁶ pontua:

A colisão entre princípios passa por juízo de peso, de definir, mediante a ponderação dos bens em confronto, qual deles terá primazia naquela realidade, de modo a ser definida a sua precedência em face do outro. É importante frisar que, nestas situações, “nem por isso a validade do princípio preterido é questionada, pois o que há é apenas uma relação de precedência condicionada, mas sem cogitar a possibilidade de seu desaparecimento do ordenamento jurídico, senão naquele cenário específico”.

Para Robert Alexy, citado pela professora acima referida, quando os princípios entram em colisão, um deles tem de ceder ao outro. Isto, contudo, não significa declarar inválido o princípio não incidente, nem mesmo compreendê-lo como exceção, mas trata-se apenas da circunstância de que, sob certas circunstâncias, um princípio precede ao outro. Sob circunstâncias diversas, a questão da precedência pode ser solucionada de modo diverso³⁷.

Deste modo, no caso de duas regras em conflito, aplica-se um desses três critérios, na forma do “tudo ou nada” como ensina Canotilho (1992, p. 642). No caso de colisão de princípios constitucionais, porém, não se trata de antinomia, vez que não se pode simplesmente e aleatoriamente afastar a aplicação de um deles.

Pois do ponto de vista jurídico, é forçoso admitir que não há hierarquia entre os princípios constitucionais, isto é, todas as normas têm igual dignidade. E isto decorre do princípio da unidade da Constituição que tem como impossível a existência de normas constitucionais antinômicas. De sorte que, não há que se falar em aplicação destes critérios para solucionar possíveis colisões de princípios constitucionais³⁸.

Sabe-se que os direitos fundamentais não são ilimitados ou absolutos.

Cada um daqueles direitos encontra seus limites em outros direitos, também

³⁶ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito administrativo – Parte Geral, Intervenção do estado e estrutura da Administração*. Salvador: Podivm, 2008, p. 227.

³⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito administrativo – Parte Geral, Intervenção do estado e estrutura da Administração*. Salvador: Podivm, 2008, p. 229.

³⁸ CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.

fundamentais. E para que possam ter efetivação, isto é, aplicabilidade, devem ser ponderados quando estiverem em choque, em colisão.

Quando direitos fundamentais estão em conflito, numa situação concreta, a ponderação entre eles será impositiva, isso em razão do bem ou do valor que se pretende tutelar naquele caso específico. A busca pela harmonia entre direitos em aparente choque é imprescindível para que os mesmos não se tornem ineficazes e sem aplicabilidade.

A ponderação de valores e princípios é, em apertada síntese, forma de aplicação daqueles princípios. É a “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”³⁹, não constituindo-se em técnica genérica para a solução de qualquer conflito normativo ou principiológico.

A administrativista Raquel Urbano, acerca do caráter não absoluto dos direitos fundamentais e a necessidade de ponderação dos valores neles embutidos, diante do caso concreto, pontua o seguinte:

Embora afirme, de modo reiterado, que direitos fundamentais são, por sua natureza intangíveis, ou seja, devem ter sempre o seu núcleo duro preservado em qualquer processo de ponderação, certo é que o STF tem afastado o seu caráter absoluto, quando diante de razões de relevante interesse coletivo ou de exigências derivadas do princípio de conveniência das liberdades que legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas. O que os Tribunais têm realizado é estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios, conforme doutrina de Alexy. A determinação desta relação implica, diante de condições específicas ao caso concreto, reconhecer que um princípio precede a outro, sendo cabível que haja precedência diversa diante de outra realidade fática⁴⁰.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

⁴⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito administrativo – Parte Geral, Intervenção do estado e estrutura da Administração*. Salvador: Podivm, 2008, p. 237.

A Doutrina adverte que a utilização da técnica de ponderação de princípios legitima-se em situações complexas, em que vários interesses estejam em conflito, cada um demandando solução diversa. É nessas situações excepcionais, denominadas *hard cases*, que a técnica da ponderação é a capaz de definir a solução normativa adequada à determinada realidade. A ponderação não deve ser o modo comum de incidência das normas do sistema. Na maioria das vezes, as questões devem se resolver pela simples subsunção do fato às regras legais.

Ana Paula de Barcellos enumerando as imperfeições desta técnica, destaca:

a) inconsistência da técnica que não apresenta parâmetros homogêneos; b) o excesso de subjetivismo da interpretação jurídica enseja arbitrariedade e voluntarismo; c) o comprometimento da legalidade e segurança jurídica quando se transmuda o Estado de Direito em Estado de Ponderação; d) a aplicação do direito renova o processo político, sendo as vantagens e desvantagens livremente reavaliadas por órgãos que não tem legitimidade, o que ofende a separação de poderes; e) quando envolve a Constituição, aniquila a conquista da normatividade das suas disposições, já que dilui a previsibilidade inclusive quando se trata de cláusulas pétreas, o que pode ameaçar os direitos fundamentais⁴¹.

Ainda que se detecte alguma resistência à utilização da técnica da ponderação de princípios, certo é que a realidade, por vezes, exige do operador do direito, e aqui inclua-se o administrador público, uma atividade hermenêutica mais complexa, com a integração de valores plúrimos.

Os princípios jurídicos são a expressão da diversidade das demandas econômicas, políticas e sociais contemporâneas e, por isso, exigem, para que sejam efetivos em sua função integradora, interpretação diferenciada, na busca de soluções justas e adequadas.

Não pode o aplicador da lei esquecer que o rigorismo na exegese dos textos pode levar a injustiças, sendo certo que o material positivo, em determinados

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 50-52.

casos, converte-se em dogmas estéreis e desnecessários. “Por outro lado, não é admissível que haja manipulação de teorias como a da ponderação, com criação de uma realidade cuja insegurança contraria a necessidade pública primária do corpo social”.⁴²

Partindo-se das considerações feitas, pode-se dizer que os princípios da reserva do possível, os mandamentos constitucionais que fundamentam a execução do orçamento público e a efetivação do direito à saúde, por meio de ações do Estado, deverão ser sopesados sempre que se encontrarem em estado de contradição, e a solução justa e adequada advirá desta ponderação, garantindo-se, desta maneira, a aplicação coerente e segura da norma constitucional, preservando-se ao máximo os direitos e garantias consagrados constitucionalmente.

⁴² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito administrativo – Parte Geral, Intervenção do estado e estrutura da Administração*. Salvador: Podivm, 2008, p. 248.

4 O PODER JUDICIÁRIO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. A LEGITIMIDADE DE SUA ATUAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proclama em seu artigo 1º que a *República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*⁴³.

A ideia de Estado Democrático de Direito, consagrada naquele artigo, é a síntese de dois institutos que, apesar de próximos, não se confundem: *constitucionalismo e democracia*.

Constitucionalismo, na lição de Luis Roberto Barroso, significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*). *Democracia*, por sua vez, traduz-se em soberania popular e governo da maioria⁴⁴.

No que diz respeito ao Estado de Direito, leciona José Afonso da Silva, que esse é uma criação do liberalismo e que repousa, na doutrina clássica, na concepção do Direito natural, imutável e *universal*⁴⁵.

(...) daí decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A generalidade da lei constituía o fulcro do Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela e só dela defluiria a igualdade. “Sendo regra geral, a lei é regra para todos”.

Ainda José Afonso, agora no que tange ao Estado Democrático, preceitua que este se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade mecum universitário de direito. 8.ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado democrático, mas não seu completo desenvolvimento⁴⁶.

Na forma prevista no mesmo artigo 1º da Carta Magna, *todo poder emana do povo*, expressão daquela soberania popular enunciada pelo professor José Afonso.

Acerca do poder exercido pelo povo, Luis Roberto Barroso, de forma sintética, elucida:

Como decorrência, o poder político deve caber às maiorias que se articulam a cada época. O sistema representativo permite que, periodicamente, o povo se manifeste elegendo seus representantes. O Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos. A idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança etc⁴⁷.

Destarte, traduzindo-se o Estado de Direito em respeito às leis e à Constituição, uma vez que esta é fonte maior de todo ordenamento, o respeito aos direitos fundamentais se imporá por consequência lógica. E quando se dá o desrespeito aos direitos constitucionalmente assegurados, ou mesmo àqueles enunciados em leis infraconstitucionais, abre-se ao Judiciário a possibilidade de intervir legitimamente em prol da preservação da ordem jurídica.

Partindo dessa premissa, Luis Roberto Barroso⁴⁸ adverte que a atuação judicial legítima não pode expressar um *ato de vontade própria* do órgão julgador,

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

mas, antes, deve remeter-se sempre, ou fundar-se sempre em uma *prévia deliberação majoritária*, seja do constituinte, seja do legislador.

Destarte, havendo o legislador, representante do governo da maioria, feito ponderações e escolhas válidas, o Judiciário deverá observá-las, sob pena de desrespeito ao princípio democrático e, ainda, à Separação de Poderes.

Assim é, que direitos fundamentais constitucionais, tais como dignidade da pessoa humana, direito à vida e à saúde, objetos deste estudo, são cláusulas gerais, valores máximos do sistema, cuja concretização é dever imposto e que pode se realizar por meio de variadas ações.

É na hipótese de não efetivação daqueles direitos pelos órgãos institucionais competentes ou de ação que contrarie os mandamentos constitucionais, no desatendimento do mínimo existencial, alhures referido, que o Poder Judiciário será chamado a intervir.

Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência deve ter a marca da autocontenção⁴⁹.

No que respeita aos direitos sociais, aqui já dissemos, incluem-se na classificação das normas programáticas e, como tais, dependem, para efetivarem-se, de providências posteriores do Poder Público, providências essas, sempre precedidas de ação legislativa que as legitimem.

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

Especificamente quanto ao direito à saúde, o artigo 196 da Constituição da República⁵⁰ enuncia:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas* que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Destarte, denota-se, da leitura do *caput* do artigo, que a concretização do direito social à saúde se dará através de políticas públicas, a cargo da Administração Pública, uma vez que o Poder Executivo é o que possui conhecimento acerca dos recursos públicos disponíveis e das demandas sociais a serem atendidas.

Luiz Roberto Barroso comenta, quanto à circunstância descrita acima:

A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito a saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas.

(...)

Uma outra vertente crítica enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição. Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito a saúde seria, antes, um problema de *desenho institucional*⁵¹.

Outro ponto que se impõe seja enfrentado, quando em debate a legitimidade da intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais fundamentais, é o Princípio da Separação dos Poderes.

Sem o necessário aprofundamento que o tema demanda, pode-se dizer que a doutrina da Separação dos Poderes, também denominada Tripartição dos Poderes do Estado, é a teoria desenvolvida por Montesquieu, em seu livro *O Espírito das Leis*, que a partir da divisão do Poder do Estado em funções, cujas

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade mecum universitário de direito. 8.ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

⁵¹ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

competências foram distribuídas a órgãos diferentes do Estado, teve por fim a limitação desse Poder.

É princípio geral do Direito Constitucional, inscrita na Constituição de 1988 como um dos princípios fundamentais que adota. O artigo 2º da Carta proclama⁵²: *São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

As funções exercidas pelos Poderes associam-se diretamente aos nomes dados a eles: ao Legislativo incumbe inovar a ordem jurídica, legislando; ao Executivo incumbe a administração do Estado, executando as políticas definidas pelo Legislativo e ao Judiciário incumbe a distribuição da Justiça.

Há, portanto, uma correlação primária de funções, que não é, contudo, exclusiva. Isso quer dizer que a atividade do Legislativo não é exclusivamente a legislação, assim como as atividades do Executivo e Judiciário não são exclusivamente administrar e julgar.

A doutrina utiliza-se de dois elementos como critério de estruturação da divisão de poderes, quais sejam, a *especialização funcional* e *independência orgânica*. Este último critério pressupõe inexistência de qualquer meio de subordinação entre os Poderes, enquanto aquele outro critério, indica que cada órgão é especializado no exercício de uma função.

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência

⁵² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade mecum universitário de direito. 8.ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder⁵³.

Contudo, é sabido que não existe uma separação absoluta entre os Poderes. Cada Poder possui uma função típica, exercida com preponderância, e uma função atípica, exercida secundariamente.

O princípio da separação dos poderes restou fortalecido no último processo constituinte popular de 1988, que passou a adotar importantes sistemas de controle jurídico do poder, controle este, que passa a constituir o núcleo essencial daquele princípio no Direito Contemporâneo.

No contexto da consagração da legalidade, cabe assinalar, que a Separação de Poderes, muito além de representar a preservação da liberdade em relação ao particular, possui forte carga de contenção em relação ao Estado.

No sistema de governo presidencialista hodierno, a separação de poderes é mitigada pelo mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*), que legitima a limitação dos poderes uns pelos os outros.

O mecanismo de freios e contrapesos é instrumento de contenção e, ao mesmo tempo, harmonização entre os poderes, na medida em que proporciona o controle recíproco entre os mesmos. Este mecanismo, enquanto garantidor constitucional das atividades de cada poder, está previsto em várias passagens da Carta e se realiza por instrumentos diversos.

No que concerne ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o Legislativo e Executivo, cite-se, a título tão somente exemplificativo, o controle de constitucionalidade das leis e atos e normativos e a avaliação do caso concreto por

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 109.

meio de processos judiciais em que figuram como parte, de um lado o particular e, de outro, o Estado.

É preciso ressaltar que o controle exercido pelo Judiciário possui a função de velar para que o exercício do poder mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. A cada intervenção, a aplicação do sistema de *freios e contrapesos* será identificada, intervenção inerente ao regime democrático e cujo fim é garantir o bem-estar da coletividade, não se revelando, jamais, como um juízo de censura ou punição à atividade desenvolvida por outro poder.

No caso de omissão ou desvio de finalidade do legislador e, principalmente, do administrador, cabe ao Judiciário assegurar o respeito à ordem instituída. A liberdade de conformação do legislador e do administrador encontra limite no momento em que sua inação ocasiona a falta de garantia de um mínimo capaz de assegurar condições materiais indispensáveis a uma existência digna, isto é, quando aqueles Poderes se mantiverem aquém de suas obrigações. É neste instante que abre-se espaço para o Judiciário intervir.

Em qualquer Estado Democrático, toda ordem jurídica gravita ao redor do indivíduo, razão de ser e fim último de toda e qualquer atividade estatal. Esse *status* dado ao indivíduo, indissociável do respeito à dignidade da pessoa humana, somado à previsão constitucional de um extenso rol de direitos, impõe que qualquer ato político deve ser praticado de modo a não macular o seu conteúdo mínimo.

Sabe-se que a Constituição e o legislador infraconstitucional, no que respeita aos direitos assegurados constitucionalmente, dentre eles, e que aqui nos importa, os direitos sociais fundamentais, não definiram o *momento* em que cada uma das atribuições correlatas àqueles direitos deveria ser implementada, não

significando este fato, no entanto, ampla e irrestrita a liberdade de *opção política* do Poder Executivo. Com efeito, tomando por base tão somente o modo como previstos os direitos, os contornos da liberdade de efetivação se mostrarão um tanto quanto fluidos, porém, não o suficiente a ponto de inviabilizar todo e qualquer controle.

Luis Roberto Barroso, em artigo sobre o tema, por vezes citado neste estudo, faz pertinentes considerações acerca da interferência do Judiciário nas atividades do Executivo, que bem sintetizam o que foi dito nos parágrafos antecedentes, merecendo destaque:

(...) O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento – como todo controle jurisdicional – uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei.

(...) O tema versado no presente estudo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. (...) A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravenha a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção⁵⁴.

Cabe-nos, por fim, apresentar duas outras interessantes circunstâncias consideradas por Luis Roberto Barroso como críticas à intervenção desarrazoada do Judiciário nas atividades do Executivo tendentes à concretização do direito à saúde.

Ressalta aquele autor o fato de Judiciário não possuir o conhecimento técnico específico para instituir políticas de saúde. Mesmo sendo instruído por

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

laudos técnicos, o Judiciário, sempre atento apenas ao caso concreto, à *micro-justiça*, não seria capaz de rivalizar com o arcabouço de estudos e dados apresentados pela Administração a quem cabe o gerenciamento da *macro-justiça*.

Nesse mesmo sentido são as considerações feitas por Marcos Maselli Gouvêa⁵⁵ em livro de sua autoria sobre o assunto:

O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente político-funcionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público.

Merecem, ainda, serem reproduzidas as palavras de Felipe de Melo

Fonte, em artigo sobre a atuação judicial nas políticas públicas:

Em terceiro lugar, o princípio da separação de poderes preconiza a especialização funcional das atividades estatais, de modo a prevalecer a competência técnica. Logo, separar as funções do Estado também tem por escopo atender a um imperativo de racionalização das atividades públicas, função especialmente importante se considerada a ampliação demasiada de tarefas do Estado nos últimos séculos e a escassez de recursos para concretizá-las, assuntos que são corriqueiramente abordados pela doutrina. Assim, ao lado da função de contenção, a separação de poderes requer que as tarefas públicas sejam designadas aos órgãos com capacidade de exercê-las da maneira mais adequada e eficiente, de modo que suas decisões sejam as melhores possíveis. Em resumo, a separação de poderes é uma técnica a serviço de três propósitos: (i) resguardar a democracia; (ii) proteger os direitos fundamentais; e (iii) permitir a racionalização no exercício das funções públicas. Sintetizando ainda mais seus intentos, pode-se afirmar que suas funções são: (a) equilibrar adequadamente os interesses das majorias e minorias, impedindo abusos de qualquer natureza (função político-social); e (b) permitir que as decisões públicas sejam eficientes e racionais na maior medida possível (função orgânico-funcional)⁵⁶.

⁵⁵ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 22.

⁵⁶ FONTE, Felipe de Melo. *Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros Gerais para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.pge.rj.gov.br/Revista64/03-Desenho%20Institucional%20e%20Políticas%20Publicas%20%20Alguns%20Parametros%20Gerais%20para%20a%20Atuacao%20Judicial.pdf>>. Acesso em 20 set. 2010.

Outra crítica que se faz à intervenção judicial na implementação das políticas públicas é quanto a possibilidade de o Judiciário, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. A preocupação que se apresenta é de o casuísmo, próprio do Judiciário, inviabilizar a realização de políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde, no nosso caso. A concessão de privilégios a uma minoria de jurisdicionados em detrimento de uma generalidade dependente das políticas realizadas pelo Executivo, afirma Luis Roberto Barroso, deve sempre ser devidamente limitada.

Por derradeiro, ressalte-se que as críticas apresentadas pelos autores citados nos parágrafos acima referem-se ao que se denominou *judicialização excessiva* e não aos casos em que o Judiciário faz o controle das atividades do Executivo, em seu natural ofício de aplicar a lei. O Judiciário, quando exerce seu papel constitucional de intérprete das leis e de guardião de direitos e garantidor do respeito ao ordenamento jurídico, age legitimamente, não se referindo tais críticas a essas situações.

5 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS PARA CONCRETIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – UM DEPOIMENTO DA UNIÃO FRENTE AO DESATENDIMENTO ÀQUELA DIVISÃO DE TAREFA

Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Desta feita, uma vez que o Estado foi constituído sobre a forma federativa (art. 60, §4º, I, da CR/88), há quem conclua pela obrigação de todos os entes – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – na promoção da saúde da população de forma *solidária*.

Ademais, o artigo 23, II, do Estatuto Maior, preceitua: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

A Lei 8.080/90, que estabelece normas gerais sobre o Sistema Único de Saúde, em seus artigos 16 a 19, anuncia a repartição da competência entre os entes para a promoção da saúde⁵⁷. De acordo com o artigo 16, além de adotar políticas gerais de saúde, de definir e coordenar sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade e de estabelecer normas de vigilância sanitária, cabe à União

⁵⁷ MACHADO, Priscila Silva Ximenes. *O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude__Responsabilidade_linear.pdf. Acesso em 29 nov. 2010.

promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal. Ao Estado, conforme o inciso I do artigo 17, caberá a promoção da descentralização para os municípios dos serviços e das ações de saúde, sem prejuízo de ações suplementares e prestação de apoio técnico e financeiro. Ainda, caberá ao Estado, de acordo com o inciso IX do artigo 17, a gestão de sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional. O Município, por sua vez, arcará com a gestão e execução dos serviços públicos de saúde, conforme exposto no artigo 18, inciso I. Ao Distrito Federal, compete a execução das atribuições estaduais e municipais, de acordo com o artigo 19.

A responsabilidade pela efetivação do direito à saúde não é matéria pacífica entre os entes federativos, assim como no Judiciário. Diante desta constatação, a Advocacia Geral da União ministrou, em setembro de 2009, o Curso *Ativismo Judicial e Direito à Saúde: Contrapontos*, que contou com Participação de representantes do Ministério Público Federal, Procuradores do Estado do Sergipe, onde aconteceram as palestras, Defensores Públicos e Advogados da União.

Para este trabalho, considerei deveras interessante as informações transmitidas pela advogada da União, Alessandra Vanessa Alves, assessora jurídica do Ministério da Saúde, acerca das implicações práticas experimentadas pela União no cumprimento de decisões judiciais que condenam aquele ente, isoladamente ou em solidariedade com Estados e Municípios, ao fornecimento de medicamentos ou à disponibilização de procedimentos médicos, tendentes a assegurar o direito à saúde. A seguir, passa-se à narração deste depoimento. Ressalte-se que todas as informações aqui reproduzidas foram extraídas dos depoimentos da advogada

assessora daquele Ministério, de forma fidedigna. Fez-se tão somente a devida adequação do texto falado para o texto escrito.

Alessandra Vanessa Alves inicia sua palestra esclarecendo que a crítica que se faz à Judicialização da Saúde, pelos advogados da União, não é uma crítica à intervenção do Poder Judiciário com vistas à efetivação do direito à saúde, mas uma crítica ao grande número de ações judiciais existentes sem que haja qualquer juízo de valor acerca de tais ações.

Salientou que o expressivo número de ações judiciais em matéria de efetivação do direito à saúde se dá, na grande maioria das vezes, para pedidos de medicamentos e tratamentos experimentais e substituíveis por medicamentos e tratamentos já garantidos pelo SUS e menos por falhas do sistema de saúde, quando a interferência do Judiciário seria legítima.

Ressaltou que a construção de uma Política Pública de Saúde, de um sistema que se pretende universal e integral, é lenta e paulatina, tanto do ponto de vista orçamentário, quanto do ponto de vista de recursos humanos e que há uma enorme diferença em promover ações para a construção desse sistema e garantir saúde a um determinado paciente.

Esclareceu que quando a União, nas defesas judiciais promovidas por seus advogados, invoca a reserva do possível, não se está questionando a existência de verba para atender um determinado paciente, autor daquela ação. Sabe-se que para aquele caso específico há verba. A impugnação que se faz, com a alegação da reserva do possível, é de que os recursos não são suficientes para atender a todos pacientes, que necessitam daquele medicamento e que, por ventura, venham requer sua prestação. Salaria que há pacientes, autores de ações judiciais, que custam ao Ministério da Saúde cerca de um milhão de reais ao ano e

que terão seus tratamentos ou medicamentos financiados pelo resto de suas vidas. Num sistema que se pretende isonômico, não é possível a análise de casos isolados, mas sim o estudo da viabilidade do atendimento universal.

Ainda, quanto à reserva do possível, explicou que, quando da invocação deste princípio, a União não coloca de um lado o direito à vida e de outro, o orçamento público, de forma tão simples e fria. A ponderação que se faz é de uma vida, de um lado e de outro, várias vidas que dependem do Sistema Único para a conservação de suas saúdes, uma vez que o direcionamento de considerável numerário ao cumprimento de decisões judiciais impossibilitará a manutenção do sistema.

Destacou a advogada que a crítica que se faz com o gasto realizado pelo Ministério da Saúde com publicidade não deve proceder. Esclareceu que a verba dispensada à publicidade em matéria de saúde, nada mais é que verba gasta com a divulgação de programas de saúde, que significa prevenção. A prevenção nada mais é que a realização de campanhas de esclarecimento e conscientização das pessoas, para que se cuidem e não tenham doença e que essa ação, tão importante quanto o tratamento de uma doença, é deveras dispendiosa.

Salientou, quanto às atribuições de cada ente federativo em matéria de saúde, que também no Judiciário a delimitação das responsabilidades não é clara. Demonstrou, por meio de julgados, que utilizou para ilustrar o tema, que as decisões judiciais não são as mesmas, quando da escolha dos entes nas condenações. Mostrou que há julgados que condenam indistintamente União, Estado e Município, outros que condenam União e Estado, outros, só o Estado e há, ainda, aqueles que condenam a União ao repasse de verbas ao Estado, para que este compre o medicamento pleiteado e entregue ao Município para que disponibilize ao paciente.

A alegação de existência de repartição de competências entre os entes, que num primeiro momento poderia parecer uma tentativa de exclusão de responsabilidade, é, na verdade, a tentativa de cumprimento daquela repartição constitucional e legal, para que sejam evitados inúmeros prejuízos, principalmente ao cidadão.

A repartição de competências existe, salientou, para que não haja *duplicidade de esforços*, para que não ocorra a disponibilização de recursos por mais de um ente para uma mesma ação de saúde ou para o cumprimento de uma mesma ação judicial.

Quando os entes federativos são condenados judicialmente à prestação de determinada obrigação, todos procuram realizar referida obrigação, para que não sofram a condenação de multa, multa pessoal do responsável pelo cumprimento da determinação ou, até mesmo, prisão. Nesta situação, a mesma decisão judicial poderá ser cumprida por mais de um dos entes federativos, ocasionando um desperdício indesejado e evitável de esforços e recursos.

Alessandra Alves apresentou, na ocasião, uma tabela contendo os gastos com ações de saúde do Ministério da Saúde, cujo aumento se deu em progressão geométrica. No ano de 2005, o gasto com a saúde foi de 2,5 milhões de reais; em 2006, 7 milhões; 2007, 15 milhões; 2008, 50 milhões e em 2009, calculado até o mês de agosto, 75 milhões.

Salientou que as demandas de saúde são infinitas e que a responsabilização de quem realmente tem a atribuição dentro do sistema para determinada demanda, colaboraria para um melhor atendimento das necessidades.

No intuito de ilustrar a questão, contou que o Estado de São Paulo havia tomado a decisão de que faria um atendimento na área de saúde indiscriminado, para que não houvesse mais ações judiciais. Estivesse ou não previsto determinado medicamento ou tratamento nas tabelas do SUS, o estado o disponibilizaria administrativamente. Tomada essa decisão, o estado experimentou um gasto de 400 milhões com a saúde pública, em 2008 e 700 milhões em 2009.

Desta maneira, concluiu que a fixação das competências se mostra imprescindível, uma vez que o orçamento da saúde é consideravelmente alto e não pode ser suportado por alguns entes.

A seguir, traçou de forma bastante sintética os prejuízos e dificuldades enfrentados pela União, quando condenada judicialmente a prestar um medicamento ou a providenciar um tratamento médico:

1- impossibilidade de cumprimento pelo ente: para a União é extremamente difícil o cumprimento de decisão judicial que determina a internação de um paciente, porque toda a gestão de uma UTI, por exemplo, está a cargo do Estado ou de um Município, se esse possuir gestão plena da saúde. Assim, para providenciar a internação, a União dependerá sempre da colaboração/autorização do Estado ou do Município.

Esclareceu que o financiamento das ações de saúde é sempre calculado e realizado com base na repartição de competências feita pela Constituição Federal. Uma decisão judicial que condena determinado ente a prestar determinado medicamento ou tratamento que, de acordo com aquela repartição não lhe compete, pode, em muitas vezes, comprometer todo seu orçamento da saúde, que será vinculado ao cumprimento de uma única decisão judicial.

2- perigo de não cumprimento pelo ente das atribuições que lhe são inerentes pelo sistema: a atribuição do Ministério da Saúde, que é a prestação de cooperação técnica e financeira, vem sendo desvirtuada, porque os técnicos dos órgãos estão constantemente voltados ao cumprimento de decisões judiciais que determinam ações que não caberiam à União desenvolver. Pessoas que deveriam trabalhar na aquisição centralizada de medicamentos, atribuição da União, estão trabalhando na aquisição pontual de medicamentos para cumprimento de decisão judicial.

Ademais, quando a União, para cumprir uma decisão judicial, trabalha para a aquisição e *dispensação* (entrega) de medicamentos, surge pra ela uma série de custos adicionais, de problemas operacionais, com os quais ele terá que arcar, que não existiriam acaso fossem os medicamentos fornecidos pelo ente preparado para fornecê-los. A seguir, descreveu alguns desses custos adicionais:

1- gastos com a dispensa de licitação, que a advogada ressalta, que, neste caso, também seria suportado pelos Estados e Municípios;

2- transporte dos medicamentos, porque não há nos Estados e Municípios uma estrutura da União para atender aos cidadãos, em matéria de distribuição de medicamentos. Quem possui essa estrutura, são sim, Estados e Municípios. Assim, como não há essa estrutura o medicamento é enviado à casa do paciente, gerando um elevado custo com o transporte aéreo da medicação;

3- custo com a taxa de seguro do medicamento. Como os medicamentos, na maioria das vezes, são de altíssimo valor, a empresa transportadora exige a realização do seguro, para a realização do transporte;

4- deterioração dos medicamentos e consequente perda, principalmente dos medicamentos que exigem condições especiais de armazenamento. Os medicamentos são sempre entregues em quantidades que atendam a seis meses de uso, para que não haja descontinuidade no uso e para que haja tempo suficiente para nova dispensa de licitação. Sendo o medicamento entregue na casa do paciente, este se responsabilizará por seu armazenamento e em muitos casos os devidos cuidados não são tomados, fazendo perecer o produto. Esclareceu que, sendo a *dispensação* dos medicamentos realizada pelos Estados e Municípios, essa conservação seria, certamente, correta, fato que evitaria o problema narrado acima.

Outro problema causado pela entrega a domicílio é a quebra da isonomia, uma vez que, se outros pacientes, atendidos pelo Estado ou Município vão até postos especializados buscar os medicamentos, não haveria sentido em privilegiar alguns, que por meio de decisão judicial, conquistaram o direito de receber a medicação em casa;

5- favorecimento à ocorrência de fraudes, porque a empresa transportadora do medicamento não faz o controle da prescrição médica do paciente, que também não é realizada pela União, por impossibilidade material;

6- incentivo à judicialização. Segundo a assessora jurídica, é muito comum os pacientes solicitarem a *dispensação* pela União pelo fato de a União entregar em casa o medicamento.

Após, fez considerações acerca da Proposta de Súmula Vinculante nº 4, no Supremo Tribunal Federal. Disse que, quanto à discriminação das competências dos entes federativos em matéria de saúde, desenvolveram-se duas teses, apresentadas à Suprema Corte: uma da *Defensoria Pública*, de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos e prestação de serviços de

saúde é *solidária* entre os entes da federação e outra da *Advocacia da União*, de que há, de fato, uma *responsabilidade comum* entre os entes, mas que *não seria solidária* no sentido jurídico da palavra, de que todos estão obrigados a tudo. A Constituição Federal prevê a competência comum, mas faz uma repartição de competências.

Ressaltou que nunca houve (ao menos até o momento da palestra proferida, setembro de 2009) uma análise detalhada pelo Supremo Tribunal Federal dos artigos constitucionais sobre a matéria. O Supremo menciona a responsabilidade solidária, com base no artigo 196 da CF/88, apesar de não haver no texto constitucional menção a essa responsabilidade solidária. Lembrou que o Código Civil leciona que a solidariedade não se presume, decorre de lei ou da vontade das partes. A tese defendida pela União é, então, que toda responsabilidade solidária pressupõe uma obrigação comum, mas nem toda obrigação comum, levará a uma responsabilidade solidária. Indo ao encontro da tese defendida pela União, o Princípio da Descentralização de Atribuições, que pressupõe que as atividades, serviços e ações de saúde vão ficar a cargo do Município e, supletivamente, do Estado, cabendo à União a *cooperação técnico-financeira*.

Asseverou a advogada que não há por parte da União intenção em eximir-se da responsabilidade que lhe cabe, com a defesa da tese apresentada àquela Corte Suprema, mas que seja atribuído aos Estados e Municípios a execução das ações de saúde, em decisões judiciais, assim como acontece no funcionamento normal do Sistema Único de Saúde. A participação da União se daria, nas condenações, com o *financiamento* dessas atividades, quando isso ainda não tiver ocorrido dentro do sistema.

Por fim, apresentou a advogada da União, uma proposta para o cumprimento das ações judiciais:

Primeiramente, asseverou, deve-se fazer a verificação da existência no Sistema do Ministério da Saúde do medicamento ou tratamento pleiteado; se estiver no Sistema, deve-se perguntar a quem cabe a prestação daquele medicamento/tratamento. E a resposta deve ser: ao ente que deu causa ao seu desatendimento no sistema.

Não havendo previsão de determinado medicamento/tratamento no sistema, a *dispensação* deve se dar pelo Estado ou Município, conservando-se, assim, a descentralização típica do Sistema Único de Saúde. Ressaltou a advogada, que mesmo que existam medicamentos, cuja aquisição seja feita de forma centralizada pela União, a entrega deste medicamento, na configuração do Sistema Único, nunca será feita pela União, mas sempre pelo Estado ou Município. E assim deveria ser, quando do cumprimento de uma condenação judicial.

Por fim, o *financiamento* das ações, não previstas no Sistema e determinadas em condenações judiciais, seria de responsabilidade de todos os entes. Essa participação no financiamento poderia ser *igualitária*, já que se o medicamento não pertence à tabela de previsão do SUS, não haveria pactuação prévia acerca da responsabilidade por aquele medicamento ou tratamento.

A advogada da União concluiu sua exposição com o esclarecimento de que a defesa que se faz, hoje, no Ministério da Saúde, por seus advogados, não é do ente, União, mas do Sistema Único de Saúde. A preocupação que se tem não é apenas com o orçamento, mas, principalmente com o funcionamento adequado do sistema.

6 A JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO DIREITO À SAÚDE NOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS

Para uma abordagem mais completa da matéria, faz-se necessária a demonstração do tratamento dado ao assunto em nível jurisprudencial, mais especificamente, em decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, selecionamos para ilustração deste capítulo decisões daqueles Tribunais que expressam seu entendimento sobre institutos intimamente ligados ao direito constitucional à saúde e ao próprio direito que se pesquisou.

A seguir, dois julgados da Suprema Corte que retratam com clareza a visão do STF acerca do tema. Ressalte-se, que a segunda decisão colacionada, proferida em Suspensão de Liminar consideravelmente recente, tratou de aspectos considerados ao longo deste estudo, tais como *reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e interferência do Judiciário da implementação de políticas públicas de saúde*, motivo pelo qual fora escolhida para compor este capítulo. Referida Suspensão noticia, ademais, importante Audiência Pública convocada pelo Supremo para discussão da matéria junto a entidades diretamente envolvidas. Confira-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido.⁵⁸

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.⁵⁹

Pela riqueza e clareza das informações que compuseram o voto do relator da Suspensão de Liminar acima identificada, Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, tem-se por imperiosa a reprodução de alguns de seus trechos.

Diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público, inclusive por determinação judicial, entendo necessário, inicialmente, retornar o tema sob uma perspectiva mais ampla, o que faço a partir de um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-Agr nº 846/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-Agr nº 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

(...)

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

(...)

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, Jus, 1989, p. 161.).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

⁵⁸ AI 734487 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-06 PP-01220.

⁵⁹ SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001.

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of rights: Why Liberty on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos) e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

(...)

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

(...)

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Examinemos cada um desses elementos.

(...)

(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.
(...)

(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário:

O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007).

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

(...)

Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1998 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.
(...)

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei **Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública**, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma

omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

(...)

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

(...)

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

(...)

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

(...)

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção

padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colacionam-se decisões acerca da responsabilidade dos entes federativos pela prestação de ações tendentes à concretização do direito à saúde. Percebe-se, a partir disso, que a orientação do Tribunal é pela responsabilidade solidária daqueles entes. No último julgado reproduzido, o STJ, em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, da relatoria do Ministro Luiz Fux, demonstra a afinidade de entendimento da Corte sobre a matéria com o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte Especial firmou a orientação no sentido de que não é necessário o sobrestamento do recurso especial em razão da existência de repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal (REsp 1.143.677/RS, Min. Luiz Fux, DJe de 4.2.2010).

2. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema.

3. Agravo regimental não provido.⁶⁰

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Precedentes do STJ.

2. O reconhecimento, pelo STF, da repercussão geral não constitui hipótese de sobrestamento de recurso que tramita no STJ, mas de eventual Recurso Extraordinário a ser interposto.

⁶⁰ AgRg no REsp 1159382/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 01/09/2010.

3. A superveniência de sentença homologatória de acordo implica a perda do objeto do Agravo de Instrumento que busca discutir a legitimidade da União para fornecimento de medicamentos.
4. Agravo Regimental não provido.⁶¹

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – ACÓRDÃO COM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL – AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SÚMULA 126 DO STJ.

1. Ab initio, ressalta-se que, ainda que a matéria tenha sido reconhecida como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, descabe sobrestar o julgamento do recurso especial, conforme orientação da Corte Especial e como consignado pela Primeira Seção na QO no REsp 1.002.932/SP.
2. O aresto recorrido abriga fundamentos de índole constitucional e infraconstitucional em seu ponto central. Ocorre, contudo, que o recorrente não cuidou de interpor o devido recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de modo a incidir a jurisprudência sedimentada por meio da Súmula 126 deste Tribunal.
3. Ademais, o acórdão recorrido está em consonância com o entendimento jurisprudencial do STJ, no sentido de que o fornecimento de medicamentos para as situações de exceção deve ser coordenado entre as três esferas políticas: União, Estado e Município, não sendo permitido, dado o texto constitucional, imputar responsabilidade a apenas um dos operadores. Agravo regimental improvido.⁶²

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.

1. A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.
2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a idéia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.
3. Sobre o tema não dissente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine, conforme noticiado no

⁶¹ AgRg no Ag 1107605/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 14/09/2010.

⁶² (AgRg no REsp 1164120/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

Informativo 579 do STF, 15 a 19 de março de 2010, in verbis: "Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 1 O Tribunal negou provimento a agravo regimental interposto pela União contra a decisão da Presidência do STF que, por não vislumbrar grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, indeferira pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela agravante contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. Alegava a agravante que a decisão objeto do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no pólo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde públicas.

Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 2 Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente.

No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. No que se refere à assertiva de que a decisão objeto desta suspensão invadiria competência administrativa da União e provocaria desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que seriam do Estado e do Município, considerou-se que a decisão agravada teria deixado claro existirem casos na jurisprudência da Corte que afirmariam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde (RE 195192/RS, DJU de 31.3.2000 e RE 255627/RS, DJU de 23.2.2000). Salientou-se, ainda, que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deveria ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos. No ponto, observou-se que também será possível apreciar o tema da responsabilidade solidária no RE 566471/RN (DJE de 7.12.2007), que teve reconhecida a repercussão geral e no qual se discute a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Ademais, registrou-se estar em trâmite na Corte a Proposta de Súmula Vinculante 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Ressaltou-se que, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde

suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, estaria seguindo as normas constitucionais que fixaram a competência comum (CF, art. 23, II), a Lei federal 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência do Supremo.

Concluiu-se, assim, que a determinação para que a União pagasse as despesas do tratamento não configuraria grave lesão à ordem pública.

Asseverou-se que a correção, ou não, desse posicionamento, não seria passível de ampla cognição nos estritos limites do juízo de contracautela.

Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 3 De igual modo, reputou-se que as alegações concernentes à ilegitimidade passiva da União, à violação de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da lei do SUS não seriam passíveis de ampla delibação no juízo do pedido de suspensão, por constituírem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejara a tutela antecipada. Aduziu, ademais, que, ante a natureza excepcional do pedido de contracautela, a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso, tendo o pedido formulado, neste ponto, nítida natureza de recurso, o que contrário ao entendimento fixado pela Corte no sentido de ser inviável o pedido de suspensão como sucedâneo recursal.

Afastaram-se, da mesma forma, os argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, haja vista que a decisão agravada teria consignado, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não seria suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público. Por fim, julgou-se improcedente a alegação de temor de que esta decisão constituiria precedente negativo ao poder público, com a possibilidade de resultar no denominado efeito multiplicador, em razão de a análise de decisões dessa natureza dever ser feita caso a caso, tendo em conta todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida."(STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, 17.3.2010.

4. Last but not least, a alegação de que o impetrante não demonstrou a negativa de fornecimento do medicamento por parte da autoridade, reputada coatora, bem como o desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral, não obsta o deferimento do pedido de fornecimento dos medicamentos pretendidos, por isso que o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente.

5. Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal: "(...) Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo, supostamente necessário à dispensação do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão da medida liminar às fls.79 (...)" fl. 312 6. In casu, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, revela-se desarrazoada, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27.

7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados

aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame "pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)" realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado "positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV" (fl. 26).

8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento.⁶³

⁶³ RMS 24.197/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 24/08/2010.

CONCLUSÃO

Por tudo até então aqui examinado, vê-se, não há solução exata, certa e acabada para o problema, permanece a inquietação, força propulsora do estudo.

De tal fato, todavia, não se deve concluir da incapacidade deste estudo para raciocinar e entender o tema. O que acontece é que especulações teóricas tanto podem fornecer ao espírito paz como desassossego.

Tem-se como certeza que a aplicação do Direito envolve a análise da vida real, para qual não há fórmula única para a solução dos variados problemas.

Na busca das respostas aos problemas que nos propusemos investigar, partimos do Estado de Direito correspondente ao Estado Liberal, representativo da liberdade do homem perante o Estado, com esteio na separação de seus poderes, fruto da luta entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, cujo poder dizia-se de natureza divina.

Viu-se que a concepção dos direitos fundamentais e a divisão de poderes deveram-se à iniciativa de contenção do Estado pelo Liberalismo e que o lema revolucionário francês, *Liberdade, Igualdade e Fraternidade* representou a expressão do conteúdo possível dos direitos fundamentais.

Os direitos de segunda geração/dimensão, classificação tradicional dada a esses direitos, direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos, foram o centro do estudo desenvolvido neste trabalho. Nasceram ligados ao princípio da igualdade e identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, centrando-se na proteção dos hipossuficientes e na busca da igualdade material entre homens.

A Constitucionalização dos Direitos individuais, coletivos e políticos, passam a representar uma garantia e deixaram ser meras recomendações destinadas a orientar a ação governamental, para tornarem-se verdadeiros direitos subjetivos, passíveis de serem discutidos em face do poder do Estado.

A Constituição de 1988 eleva à categoria de cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais e universaliza os direitos humanos ao consagrar o valor da dignidade humana, como princípio fundamental do constitucionalismo brasileiro e no artigo 6º da Carta Magna estabeleceu-se que são direitos sociais o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, enunciando uma ordem social com extenso universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pela sociedade.

Ao longo da pesquisa, dedicou-se ao estudo da eficácia jurídica e aplicabilidade das normas constitucionais. As normas programáticas, características das Constituições Sociais, constituem espécies do gênero normas de eficácia limitada, não produzindo, com a simples entrada em vigor, os seus efeitos essenciais. Referidas normas têm aplicação indireta e mediata, significando que o exercício do direito nelas previsto depende da edição de regulamentação ordinária, que virá para tornar viável o pleno exercício do direito, até então não efetivo.

A partir de então, conclui-se que as políticas públicas têm como fundamento a necessidade de atender às normas programáticas, que para muitos são vistas apenas como programas, declarações ou promessas para o Poder Público, sem obrigação de serem executadas por apresentarem caráter discricionário.

Alcançou-se que o direito à saúde, cuja delimitação foi objeto desta pesquisa, é *direito fundamental social* e, desta maneira, exige do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia. Percebeu-se sua atuação muito mais garantidora do direito à vida, com íntima relação com a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Diante desta constatação, chegou-se ao dever do Estado de promoção da dignidade por meio de condutas positivas e garantia do mínimo existencial para cada ser humano em seu território.

A concretização dos direitos fundamentais, é certo, depende, inevitavelmente, de recursos financeiros, que no Estado Social e Democrático de Direito tem como fonte o orçamento público, capaz de instrumentalizar as políticas públicas e definir o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional.

Impossível se mostrou tratar de políticas públicas sem mencionar a questão orçamentária, imprescindível à implementação dos direitos sociais, uma vez que é através da previsão orçamentária de recursos que se realiza a programação de gastos públicos, de arrecadação de receitas e definição das estratégias econômico-sociais do Estado para que as escolhas de prioridades ganhem maior relevância.

Assim, a íntima relação existente entre as políticas públicas e os direitos sociais condiciona a atuação do Estado a prestações diretamente vinculadas à destinação dos bens públicos e à disponibilidade orçamentária. Dessa forma, as políticas públicas e, mais particularmente, os direitos sociais que as fundamentam, têm uma dimensão – um peso – economicamente relevante para o Estado.

As políticas públicas são programas de governo que objetivam coordenar os meios para a realização de ações socialmente relevantes, que foram, em momento anterior, selecionadas politicamente.

E é no cenário de restrições à concretização de direitos fundamentais sociais, que a apresentação da denominada *cláusula da reserva do possível* revelou-se adequada. A *teoria da reserva do possível*, que entre nós definiu-se como a reserva do *financeiramente* possível, realça a premissa de que as necessidades dos administrados, mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais fundamentais, são ilimitadas e os recursos são escassos.

Entretanto, restou claro que a invocação desta cláusula pelo Estado, na intenção de se justificar a não realização de determinadas ações essenciais à efetivação de demandas sociais ou individuais, somente se apresenta legítima se a alegada insuficiência de recursos for comprovada.

Os princípios da reserva do possível, os mandamentos constitucionais que fundamentam a execução do orçamento público e a efetivação do direito à saúde, por meio de ações do Estado, devem, no caso concreto, ser sopesados sempre que se encontrarem em estado de contradição, e a solução justa e adequada advirá desta ponderação, garantindo-se, desta maneira, a aplicação coerente e segura da norma constitucional, preservando-se ao máximo os direitos e garantias consagrados constitucionalmente.

O Estado de Direito traduz-se em respeito às leis e à Constituição, uma vez que esta é fonte maior de todo ordenamento, resultando lógico o respeito aos direitos fundamentais. Assim, quando se dá o desrespeito aos direitos constitucionalmente assegurados, ou mesmo àqueles enunciados em leis

infraconstitucionais, abre-se ao Judiciário a possibilidade de intervir legitimamente em prol da preservação da ordem jurídica.

É na hipótese de não efetivação de institutos tais como, dignidade da pessoa humana, direito à vida e à saúde, objetos deste estudo, pelos órgãos institucionais competentes ou de ação que contrarie esses mandamentos constitucionais, no desatendimento do mínimo existencial, que o Poder Judiciário será chamado a intervir.

Destarte, a concretização do direito social à saúde se dará através de políticas públicas, a cargo da Administração Pública, uma vez que o Poder Executivo é o Poder que possui conhecimento acerca dos recursos públicos disponíveis e das demandas sociais a serem atendidas.

No caso de omissão ou desvio de finalidade do legislador e, principalmente, do administrador, cabe ao Judiciário assegurar o respeito à ordem instituída. A liberdade de conformação do legislador e do administrador encontra limite no momento em que sua inação ocasiona a falta de garantia de um mínimo capaz de assegurar condições materiais indispensáveis a uma existência digna, isto é, quando aqueles Poderes se mantiverem aquém de suas obrigações. É neste instante que a intervenção do Judiciário é legítima e desejada.

Quando o Poder Judiciário for convocado a avaliar as escolhas realizadas pelos Poderes eleitos, a análise deve se restringir a verificar se aquelas escolhas foram tomadas em contradição às finalidades das normas constitucionais que as fundamentam ou se ela, a escolha, foi desarrazoada. Como pudemos perceber, as escolhas acerca do conteúdo das políticas públicas, na maioria das vezes, foram atribuídas, pelo legislador constituinte, aos membros dos poderes eleitos, não

obstante essas escolhas devam ser realizadas de acordo com as diretrizes traçadas pelo programa constitucional.

O Judiciário, em matéria de realização de direitos fundamentais, do direito à saúde, que aqui nos interessa, não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar aqueles direitos que podem ser promovidos com a sua atuação. Por outro lado, não pode ir além, causando o excesso de judicialização das decisões políticas e por em risco a continuidade destas, desorganizando a atividade administrativa.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Sérgio Resende de. *O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=89>. Acesso em: 12 set. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso: 27 mai. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTELHO, Marcos César. O fornecimento de medicamentos pelo Estado: considerações à luz do Klaus Gunter. *Revista da Advocacia Geral da União*. Brasília, n. 20, 2009.

BRANCO, Luciana Temer Castelo. Abrangência do direito à saúde: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado? *Encontro Temático – Financiamento e Gestão de Recursos da Saúde Municipal*. Disponível em: http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/artigos/lt_saude.pdf. Acesso em: 08 ago. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade mecum universitário de direito. 8.ed. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 5 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 23-32, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito administrativo – Parte Geral, Intervenção do estado e estrutura da Administração*. Salvador: Podivm, 2008.

COSTA, Luiz Fernando Gaspar. *Separação dos poderes*. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tikiindex.php?page=Separa%C3%A7%C3%A3odos+poderes>. Acesso 16 set. 2010.

CRUZ, Tânia Cristina S.; LINS, Tatiana Barroso de Albuquerque. *Normas para elaboração de monografias*. Brasília: UNICEUB; ICPD, 2005. 19f.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 28 set. 2010.

DEMO, P. *Introdução à metodologia da ciência*. São Paulo: Atlas, 1983.

FONTE, Felipe de Melo. *Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros gerais para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.pge.rj.gov.br/Revista64/03-Desenho%20Institucional%20e%20Políticas%20Públicas%20%20Alguns%20Parâmetros%20Gerais%20para%20a%20Atuação%20Judicial.pdf>. Acesso em 20 set. 2010.

GARCIA, Emerson. Os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais. De Jure. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*. Disponível em: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/10228. Acesso em 15 set. 2010.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUERRA, Gustavo Rabay. A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8355>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

HONÓRIO, Cláudia. *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*. 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná. 2009.

HUMENHUK, Howerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

MACHADO, Priscila Silva Ximenes. O direito à saúde e a responsabilidade linear dos entes federados. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude__Responsabilidade_linear.pdf. Acesso em 29 nov. 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MIRANDA, Ciro Carvalho. Solicitação de medicamento. *Revista da Advocacia Geral da União*. Brasília, n. 20, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. Niterói: Impetus, 2007.

PISCITELLI, Rui Magalhães. A dignidade da pessoa e os limites a ela impostos pela reserva do possível. *Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, www.tjrs.jus.br. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_d

e_estudos/doutrina/doc/Dignidade_da_pessoa.doc. Acesso em: 12 set. 2010.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 02 set. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.